

FACULDADE ZUMBI DOS PALMARES

DEFINIÇÃO DA PALAVRA “DIA” E SUA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL

FABRÍCIO MÁXIMO RAMALHO

A presente pesquisa pretende explorar de maneira abreviada as diversas interpretações que se tem da expressão “dia”, analisando algumas decisões concernentes ao tema, bem como as visões controversas de alguns doutrinadores.

São Paulo
Dezembro de 2010

A inviolabilidade do domicílio é direito previsto no ordenamento constitucional. A casa é protegida como esfera íntima, individual e familiar, conforme segue o art. 5º, XI, CF/88:

"A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial". (grifo meu)

Assim, o lar é indevassável. E ainda que uma busca domiciliar seja realizada pela *própria autoridade policial*, o mandado judicial é indispensável. A dúvida é: dia é de que hora até que hora?

A palavra dia – do latim *dies* – comporta diversas interpretações: Período de tempo que vai desde a meia-noite até à meia-noite seguinte; período de 24 horas compreendido do meio-dia até ao meio-dia seguinte (dia astronômico); do pôr do Sol ao pôr do Sol seguinte (dia israelita); unidade de tempo com a duração de 24 horas; entre outras.

Para o Direito – cuja tônica é a interpretação – temos alguns conflitos interpretativos no que se diz respeito ao “dia”. No CPC, art. 172, há uma previsão para o termo “dia”, que diz:

Os atos processuais realizar-se-ão em dias úteis, das 6 (seis) às 20 (vinte) horas. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994).

Interessante ressaltar que, antes desta redação de 1994, o horário previsto era até 18 horas. Ainda no mesmo artigo, o § 2º mostra que:

A citação e a penhora poderão, em casos excepcionais, e mediante autorização expressa do juiz, realizar-se em domingos e feriados, ou nos dias

úteis, fora do horário estabelecido neste artigo, observado o disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994).

Ora, não podemos conceber a ideia de um oficial de justiça, na calada da noite ou em pleno dia não útil, sem qualquer determinação judicial expressa nesse sentido, promover a citação de uma pessoa ou efetivar a restrição sobre bens e direitos. Tal conduta é inimaginável e totalmente contrário aos paradigmas constitucionais do Estado Democrático de Direito.

O art. 172, § 2º, permite que o juiz conceda ao oficial de justiça autorização para cumprir mandado de citação após o horário das 20 horas. Apesar de, em tese, não haver ingresso no domicílio durante o cumprimento do mandado de citação, deve-se reconhecer que há uma lesão “superficial” do princípio fundamental da inviolabilidade domiciliar, já que a lei prevê que ninguém pode ser perturbado após as 20 horas.

Decerto que uma diligência nessas circunstâncias decorre de uma especial autorização judicial. Neste caso, deve-se analisar os requisitos extraordinários para esta concessão. A eficiência da persecução e a vedação de arbitrariedades devem ser as duas guias mestras do sistema processual penal.

Em que pesem entendimentos contrários, o cumprimento de mandado de busca e apreensão poderá realizar-se durante o período noturno, desde que autorizado pelo morador, conforme reza o art. 245 do CPP:

As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

É certo que o dispositivo foi recepcionado pela Constituição de 1988, uma vez que não há lógica em se privar o próprio morador da sua faculdade de decidir quem poderá, ou não, adentrar nas adjacências da sua morada. A garantia constitucional veio permitir-lhe que, ao menos no período noturno, não se cumpram mandados de busca e apreensão em sua casa, se assim não lhe almejar, mas não lhe frustrou a liberalidade de consentir, se for de sua conveniência.

Aliás, leiamos o trecho de uma decisão acerca de uma correção equivocada de questões (concernentes a este tema) de uma prova objetiva feita em concurso público.

**TJRO - Mandado de Segurança: MS
20000020090022300 RO 200.000.2009.002230-0**

[...] "Com efeito, não se pode afirmar que é permitido penetrar na casa, A QUALQUER HORA DO DIA, mesmo sem o consentimento do morador DESDE QUE haja autorização judicial para tanto, pois a Constituição estabelece que, "em caso de desastre, flagrante delito ou para prestar socorro", não há necessidade de autorização judicial. E isso vale para qualquer hora do dia ou da noite, razão pela qual o sentido do vocábulo "dia" não tem absolutamente nenhuma importância. É dizer, independente do que se entenda por "dia" - seja o período de 24 horas, seja o turno que se inicia às 6h e se encerra às 18h -, em qualquer dessas hipóteses, seria errado afirmar que APENAS com autorização judicial ("desde que haja autorização judicial") seria permitido penetrar na casa de um cidadão"[...]

A seguir, veremos trechos de um julgamento que teve como relatora a Desembargadora Federal Liliane Roriz:

[..]Com relação à legalidade do cumprimento de

medida judicial em horário anterior às 20 horas, ponderou que esta decorre da dicção do art. 172 do CPC, pois o interstício ali previsto (de 6 às 20 horas), não afronta, segundo a melhor doutrina (grifo meu), a previsão constitucional da inviolabilidade de domicílio (art. 5º, inciso XI, da CRFB).

Nesse sentido, acrescentou que, considerando a época do ano (outono), é razoável concluir que após às 19 horas, no Município de Três Rios, já não havia luz solar alguma, não restando a menor dúvida a qualquer um dos envolvidos naquele episódio quanto ao já cair da noite.

Entendeu que o cumprimento em período noturno do Mandado de Citação, penhora e Avaliação, em face da garantia constitucional prevista no art. 5º, XI, da CRFB, ficou a depender do inequívoco consentimento dos seus moradores, o que, em nenhum momento, restou evidenciado nos autos.

O voto vencido considerou que o cumprimento em período noturno do Mandado de Citação, penhora e Avaliação, em face da garantia constitucional prevista no art. 5º, XI, da CRFB, ficou a depender do inequívoco consentimento dos seus moradores, o que, em nenhum momento, restou evidenciado nos autos. Assim, concluiu que a recusa do réu em atender o Oficial de Justiça configurou exercício regular de um direito amparado pela CRFB, o que enseja a exclusão da ilicitude de sua conduta, na forma do art. 23 , III, parte final, do CP, e a

impossibilidade de sua condenação, seja por crime de resistência, seja por crime de desobediência.

Já o voto vencedor entendeu incontroverso o fato de que o servidor compareceu à residência do recorrente antes das 20 horas, para cumprimento de mandado judicial e foi impedido de fazê-lo, tendo o ato Oficial de Justiça se dado em conformidade com os termos do art. 172 do CPC, razão pela qual se impõe a condenação do réu.

No caso vertente, a divergência se relaciona justamente à legalidade do ato do funcionário em tela (um Oficial de Justiça), mais especificamente quanto ao horário da tentativa de cumprimento de mandado de citação, penhora e avaliação, que, segundo a certidão de fls. 80, deu-se por volta das 19:20 horas, coadunando-se, de certa forma, com os depoimentos da esposa, o interrogatório do mesmo, bem como o da testemunha MARIA MENDES FERREIRA, cujas manifestações, conquanto não sejam precisas quanto ao horário exato, convergem no sentido de que o evento se deu após às 19 horas e antes das 20 horas.

Considerando que o cumprimento do referido mandado exige o ingresso do Oficial de Justiça no domicílio do citando, impõe-se uma análise da questão sob o enfoque constitucional.

Diz o art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador,

salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

O aludido dispositivo constitucional resguarda o direito à intimidade do indivíduo, reconhecido como o direito de gozar de uma esfera jurídica privada e íntima, ensejando manifestação de respeito à dignidade pessoa humana.

Nesse contexto, verifica-se que não é pacífico o entendimento do significado da expressão “*durante o dia*”.

A primeira orientação está assentada no *caput* do art. 172 do CPC, que permite que a prática de atos processuais se realize em dias úteis das seis às vinte horas.

Por outro lado, a segunda orientação, a qual se filia José Afonso da Silva¹, aduz que “*dia*” compreende o período entre as seis e as dezoito horas.

Há, ainda, doutrinadores que se orientam pelo critério chamado físico-astronômico, que preceitua que “*dia*” seria o período compreendido entre a aurora e o crepúsculo.

Seguindo tal corrente doutrinária, temos Guilherme de Souza Nucci²:

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. [S. l.]: Malheiros Editores, [200-?]. p. 436

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, [200-?]. p. 631

“Conceito de noite: é o período que vai do anoitecer ao alvorecer, pouco importando o horário, bastando que o sol se ponha e depois se levante no horizonte. Há maior preocupação do legislador em punir com rigor a violação de domicílio durante a noite, pois é o período no qual se está menos vigilante e em fase de descanso. Além disso, a própria Constituição preleciona que, à noite, o domicílio se torna asilo inviolável até mesmo às ordens judiciais, somente cedendo quando há flagrante delito, desastre ou dever de prestar socorro, hipóteses nitidamente excepcionais”.

Com a devida vênia, esta última posição encerra noção bastante imprecisa, sobretudo nos casos intermediários (final da tarde/início da noite), como parece ser o caso em tela, em que o evento se deu por volta das dezenove horas. A solução no sentido de se cogitar se já estava claro ou escuro no dia e na hora determinados encerra problema insuperável e de evidente insegurança jurídica.

Com efeito, ante o referido problema, filio-me à primeira corrente, que traz em seu bojo critério mais objetivo e que tem sede legal (art. 172 do CPC), considerando como *“dia”* o intervalo compreendido entre seis e vinte horas, razão pela qual entendo que o horário da diligência levada a efeito pelo Oficial de Justiça não se reveste de qualquer ilegalidade.

Ainda que se considerasse a hipótese de que o evento se deu no período da noite, observa-se que o ingresso do servidor na residência do acusado se deu com o devido consentimento de sua esposa,

responsável pelo primeiro contato com o mesmo, como se pode inferir da leitura de seu depoimento judicial.[...]

Nota-se que a interpretação da norma parte de uma determinada perspectiva de conveniências. Seguindo ainda a decisão da Desembargadora Federal, Liliane Roriz, veja a dificuldade que certas lacunas podem causar:

[...] Ademais, aproveito o ensejo para expressar a minha surpresa ao constatar que a atual redação do Manual de Procedimentos para Executantes de Mandados da Seção Judiciária do Rio de Janeiro (edição 2002), sequer faz menção em seu bojo à referida norma constitucional, dando a entender que o tema não interessa aos nossos Oficiais de Justiça.

Sendo assim, urge identificar o que a CRFB entende como *dia* (ou *noite*).

Para José Afonso da Silva, segundo o art. 5º, XI, da CRFB, o dia, para fins judiciais, estende-se de 6 às 18 horas.³

Não se diga, porém, que o conceito de *dia* relativo à referida proteção constitucional deve ser extraído do art. 172, do CPC, pois de sua simples leitura infere-se tratar a norma apenas da imposição de limites de

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, SP: Malheiros, 1998. p. 438.

horários para a prática dos atos processuais - em dias úteis, das 6 (seis) às 20 (vinte) horas.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, por sua vez, aduzem que⁴:

Ao lado das situações de penumbra, parece certo que o critério da iluminação solar é o melhor desfecho para a questão. Enquanto houver iluminação solar, é dia, independentemente do horário. Sem esta, teremos a noite.

Para efeitos de interpretação constitucional, a palavra “dia” encontra antônimo em noite, sendo esta objeto de proteção maior do constituinte. O “dia”, assim, ficaria “desprotegido” e a noite mais protegida. O constituinte, na verdade, traçou um limite para o legislador infraconstitucional que pretendesse conceituar dia e noite, no sentido de que a ideia de “dia” não ultrapasse doze horas, de forma que o período protegido (noite) mantenha, no mínimo, também doze horas. O limite do legislador infraconstitucional vem determinado pela logicidade e isonomia dos antônimos. Por esse raciocínio, o “dia” poderia ser definido como um período de doze horas, pois, nesta hipótese, estaríamos protegendo mais a noite, momento em que há garantia constitucional. Não estaria, dessa maneira, havendo violação da proteção constitucional pelo legislador infraconstitucional. A fixação, respeitado o parâmetro constitucional exigido, ficaria a cargo do legislador

⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, SP: Saraiva, 1998. p. 87.

infraconstitucional ou mesmo do entendimento jurisprudencial, que, no caso, deveria apenas se limitar ao princípio da razoabilidade na análise da fixação.

Entendemos que a aplicação conjunta de ambos os critérios alcança a finalidade constitucional de maior proteção ao domicílio durante a noite, resguardando-se a possibilidade de invasão domiciliar com autorização judicial, mesmo após as 18:00 horas, desde que, ainda, não seja noite (por exemplo: horário de verão).

Esse critério misto compatibiliza-se com a *ratio* constitucional, no sentido de proteção da casa durante o período noturno, possibilitando um descanso seguro a seus moradores, bem como diminuindo a possibilidade de arbitrariedades que estariam melhor acobertadas pelo manto da escuridão.⁵

Ora, em face da inércia do legislador infraconstitucional em definir o conceito de *día* para fins de aplicação da parte final do art. 5º, XI, da CRFB, parece-me comportar um maior rigor técnico a tese fundada no critério físico-astronômico ou da iluminação solar.

Ressalte-se ser perfeitamente aplicável ao procedimento de execução de mandado de citação, penhora e avaliação de bens o art. 245, *caput*, do CPP,

⁵ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo, SP: Atlas, 2004. p. 239.

que dispõe sobre as buscas domiciliares. Confira-se (grifos apostos):

Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

Obviamente que não se exigirá do Oficial de Justiça o conhecimento do momento exato em que o sol se põe no horizonte, contudo há de se ter acima de tudo prudência, bom senso e respeito à liberdade do morador em permitir, ou não, a entrada em sua residência durante o período noturno.

In casu, entendo que a informação do Oficial de Justiça FABIANO, de que efetuou a diligência entre 18:00 e 19:00 horas do dia 09/05/02 não encontra respaldo nos autos. O próprio Oficial de Justiça certificou nos autos da Execução Fiscal nº 99.0905311-0 que a tentativa de realização da diligência ocorreu por volta das 19:20 horas, segundo afirma, horário em que a executada habitualmente estaria em casa (fl. 80). Assim, confirmaram-se os depoimentos do Réu, de sua esposa LOURDES (fl. 58) e da testemunha de defesa MARIA MENDES FERREIR, no sentido de que os eventos ocorreram, de fato, após as 19:00 horas.

A considerar a época do ano, mês de maio e, portanto, pleno outono, é razoável concluir que após as 19:00 horas, no Município de Três Rios, já não havia luz solar alguma, não restando a menor dúvida

a qualquer um dos envolvidos naquele episódio quanto ao já cair da noite. Assim, o cumprimento em período noturno do Mandado de Citação, Penhora e Avaliação, em face da garantia constitucional prevista no art. 5º, XI, da CRFB, ficou a depender do inequívoco consentimento dos seus moradores, o que, em nenhum momento restou evidenciado nos autos.

O magistrado de primeiro grau, contudo, rejeitou essa tese, entendendo que (fls. 196/197):

... realizada a diligência entre as 18 e a 19:00 horas, horário que, considerando tratar-se de localidade urbana, não pode ser considerada noite para fins de proteção domiciliar.

Nada obstante, embora tutelada pela própria Constituição a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, CF), afastando, a princípio, a possibilidade de diligências processuais no horário noturno, a norma em questão cuida ressaltar expressamente a hipótese de ingresso no domicílio mediante autorização do próprio morador.

No caso dos autos, a prova oral colhida em nenhum momento apontou a existência de qualquer tipo de oposição por parte da esposa do réu, proprietária do imóvel – quem primeiro teve contato com o oficial de justiça – ao ingresso do servidor no quintal de seu domicílio.

Ao contrário, o que se extrai dos autos é que a mesma, reconhecendo o oficial de justiça, franqueou-lhe a entrada no quintal de sua esposa e retirou-se, sem apresentar qualquer esboço de irresignação, para chamar o réu, seu marido, para acompanhar a diligência.

Data venia, o conceito de *noite* adotado pelo juiz *a quo*, além de importar em flagrante restrição à inviolabilidade constitucional do domicílio, não é aceito pela grande maioria da doutrina pátria, conforme expus anteriormente

Ademais, a afirmação da testemunha de acusação FABIANO, no sentido de que a Ré, após recebê-lo, pediu para que este aguardasse seu marido para fins de acompanhar a diligência em sua residência, permanece absolutamente isolada nos autos, não encontrando amparo sequer na certidão manuscrita pela própria testemunha às fls. 79/80, onde a mesma expressamente afirmou que intuiu que a citanda desejava que seu marido acompanhasse a diligência.

Ainda que não se entendesse dessa forma, impende salientar que a proteção, conferida pelo art. 5º, XI, da CRFB, é dirigida a todo e qualquer morador, e não somente ao proprietário ou a apenas um dos moradores do domicílio. Sendo assim, a entrada do Oficial de Justiça na residência da citanda também estava a depender do inequívoco consentimento de seu esposo, posto compartilharem ambos da mesma privacidade e intimidade daquele domicílio familiar.

Portanto, estou convencida de que a recusa do Réu em atender o Oficial de Justiça configurou exercício regular de um direito amparado pela CRFB, o que enseja a exclusão da ilicitude de sua conduta, n/f do art. 23, III, parte final, do CP, e a impossibilidade de sua condenação, seja por crime de resistência, seja por crime de desobediência.

Passando desta decisão, vejamos agora um trecho de uma recente matéria:

Em entrevista concedida pelo Comandante Geral da PM, Mário Sérgio Duarte, nota-se que tudo foi minuciosamente planejado inclusive para se agir dentro do que rege a lei, inclusive no horário previsto para o cumprimento de certas exigências para a invasão de domicílio. Ontem, às 20h00, terminou o prazo para a rendição dos bandidos, a polícia aguardou até hoje, às 08h00, para invadir o morro do alemão, por dois motivos: primeiro, pelo perigo de uma invasão noturna em vielas desconhecidas pelos homens das tropas; segundo, porque a lei não permite cumprimento de mandado fora do horário das 06h00 às 18h00.⁶

Ora, aqui temos uma outra interpretação de horário que, ao que parece, não está explícita na legislação. Cumpre estabelecer que o cumprimento do mandado supracitado só poderá ocorrer durante o dia. E não se pode pensar que 20 horas é ainda o “dia” Apesar de certa polêmica em torno do tema, entende-se, como critério mais seguro, que o termo "dia" compreende o período das 06h00 às 18h00. É o

⁶ Disponível em: <http://www.sistemamega.com/noticias/A_policia_como_todos_queriam_ver.html>. Acesso em: acesso em 17 dez. 2010.

entendimento, por exemplo, de Fernando da Costa Tourinho Filho⁷ e Julio Fabbrini Mirabete⁸.

Pergunta interessante que poderia surgir dentro deste contexto diz respeito ao fato da busca domiciliar, iniciada antes das 18h00, poder ou não se estender *após este horário*. Para Luiz Flávio Gomes⁹ e Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁰ impõe-se a resposta positiva. Desde que iniciada antes das 18h00, pode a busca avançar o período noturno.

Vemos que há divergências, inclusive com jurisprudências estabelecendo, razoavelmente, que o dia finda-se às 18h00. Nessa esteira de raciocínio, temos este despacho do Juiz Adilson Agrícola Nunes, com data 04/06/2010:

2ª Vara Criminal da Cidade de Jaboatão dos Guararapes

Processo Nº: 0003846-41.2001.8.17.0810

Despacho:

Designo nova data para 21 de junho de 2010, às 15:00 horas. Informe-se ao Dr. Juiz da Comarca de Planaltina/GO, com cópia das fls. 148 e 217 sobre a nova data de audiência, solicitando que faça cumprir para a nova data, já que não fez com a data anterior, evitando assim nova expedição de carta precatória. Intime-se o advogado de fls. 158 por edital, pois que se mantém sem informar o endereço a juízo. Requisite-se o policial Aldo Agra Alexandre ao Departamento de Polícia Rodoviária Federal no Recife. Expeça-se novo mandado de intimação pessoal das testemunhas Jaime Rodrigues do

⁷ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMENTADO. 9 ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2005. v.1.: p. 603

⁸ PROCESSO PENAL. São Paulo, SP: Atlas, 1998. p. 321

⁹ DIREITO PROCESSUAL PENAL. São Paulo, SP: RT, 2005. p. 215

¹⁰ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMENTADO. 9 ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2005. V.1: p. 603

Amorim, Jailton Rodrigues de Amorim e Romero Carlos Vilela da Silva, para que o Oficial de Justiça cumpra em qualquer dia, inclusive finais de semana e feriados, no horário das 06h00 (seis horas) às 18h00 (dezoito horas) e se for o caso, certifique se a testemunha está se ocultando para receber a intimação. [...]

Em resumo, é certo que não há consenso no que toca à definição e interpretação jurídica do termo "dia". Não é pacífico o entendimento do significado da expressão "*durante o dia*" do art. 5º, XI, da CF. Uma leitura isolada de um determinado artigo pode ferir o nosso Estado Democrático de Direito.

Insta frisar que a aplicação conjunta de ambos os critérios alcança uma finalidade constitucional de maior proteção ao domicílio durante a noite, resguardando-se a possibilidade de invasão domiciliar com autorização judicial, mesmo após as 18:00 horas, desde que, ainda, não seja noite, por exemplo num horário de verão. Entretanto, e isso vem consolidando-se, há um entendimento razoável de que o "dia" finda-se às 18h00.